

## **Análisis Transversal (Libros I, II, III, IV, V)**

### **La función judicial en el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial por**

Marina Andrea Riba

#### **I) MARCO CONCEPTUAL**

##### **I.1. El Código de Vélez**

Es sabido que en el transcurso de los siglos XVIII y XIX, en el marco de una corriente codificadora de sesgo racionalista, se consolidó un pensamiento dogmático, legalista y exegético.

Conforme esta corriente, se asumieron como dogmas la identificación entre derecho y ley, la concepción de la ley como sistema de derecho perfecto, completo y cerrado. El derecho aparecía como una unidad inflexible y rígida reducida a la ley, ésta última era “todo” el derecho y el legislador, llamado “el Señor del derecho”, era su principio y fin. Las Constituciones, bosquejos orientativos y positivos impenetrables, simplemente debían ser respetadas por el legislador.

El Estado de derecho se presentaba como un poderoso estado de fuerza, como una cerrada e impenetrable fortaleza que luchaba por conservar inalterable la soberanía que lo nutría.

En línea de continuidad con este modelo de pensamiento, las escuelas normativistas del siglo XX, desterraban cualquier viso de subjetivismo en las decisiones judiciales. Entendían que “lo justo” no podía concretarse conforme lo que cada uno considera como tal, sino que debían existir criterios objetivos de justicia que sirvan de medida del obrar humano<sup>1</sup>. La legalidad (derecho positivo legal o judicial correspondiente con otra norma general y superior) aparecía como el único criterio de validez (no ya de justicia) de la decisión judicial. El juzgador puede moverse libremente dentro de las opciones que las normas positivas ofrecen, resultando cualquier alternativa absolutamente válida<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> El máximo exponente del normativismo contemporáneo ha señalado que “La justicia absoluta es un ideal irracional”, estableciendo una posición relativista acerca de la idea de justicia (KELSEN, Hans, “¿Qué es la justicia?”, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba 1966, pág. 78).

<sup>2</sup> Este juez arbitrario, cuyo patrón de juzgamiento es la denominada “equidad cerebrina”, fue estereotipado en la figura del Juez Magnaud, un magistrado cuyas resoluciones no se apoyaban de modo alguno en la ley, sino exclusivamente en su sentido personal de justicia.

Por otro lado, informaba la ideología jurídica imperante a la época de sanción de nuestro Código Civil, una concepción liberal-individualista, aferrada a una visión hermética del principio de autonomía de la voluntad, desde la cual cualquier intento de revisión o ajuste judicial de las relaciones jurídico-patrimoniales era considerado un grave ataque al derecho de propiedad y a las relaciones privadas.

Bajo este panorama la función judicial era comprendida pasivamente, teniéndose a los magistrados como meros aplicadores mecánicos y exégetas de la ley.

Esta visión del juez reducía considerablemente su responsabilidad y su análisis, convirtiéndolo en un funcionario burocrático que se limitaba a buscar en un Código-Formulario la respuesta para cada caso<sup>3</sup>. A cargo del poder judicial quedaba exclusivamente la aplicación de la ley, concebida como una actividad meramente lógica de subsunción del hecho bajo la norma general (silogismo puro).

## **I.2. La Reforma “Borda”**

El dictado de la ley 17.711/68<sup>4</sup>, modificatoria del Código Civil, no se limitó a cuestiones meramente técnicas, sino que produjo un viraje perceptible en la filosofía inmanente del Código.

En efecto, a nadie escapa el impacto de la ley referida en nuestro derecho privado, desde el punto de vista estrictamente normativo<sup>5</sup>, pero tampoco es ajeno el cambio, menos tangible si se quiere, pero a su vez más íntimo y relevante, de la filosofía interna del Código Civil<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> Se ha dicho que “la teoría del predominio estricto de la ley les ofrecía (a los jueces) la posibilidad de excusarse de su función. Todo el que podía invocar a su favor el texto de la ley no necesitaba de ninguna otra justificación para su actuación judicial” HATTENHAUER, Hans, “Conceptos fundamentales del Derecho Civil”, Ariel, Barcelona 1987, pág. 203).

<sup>4</sup> Publicada el día 22/04/68. Posteriormente se dictó la ley de fe de erratas 17.940. La reforma estuvo a cargo de una comisión designada por la Secretaría de Estado de Justicia en el año 1966, integrada originariamente por José BIDAÚ, Abel FLEITAS, Roberto MARTÍNEZ RUÍZ, José María LÓPEZ OLACIREGUI, Alberto G. SPOTA, Dalmiro ALSINA ATIENZA y Guillermo J. BORDA. Se coincide en señalar que el principal ideólogo de la reforma, en su filosofía y redacción, fue el Dr. BORDA, al punto que la historia ha identificado la ley 17.711 con su persona.

<sup>5</sup> La reforma se realizó sobre más de una centena y media de normas del Código Civil, no teniendo parangón en cantidad de artículos reformados con ninguna otra ley dictada hasta el presente.

<sup>6</sup> Esta sería la función principal de la reforma en la concepción de su principal autor, Guillermo BORDA, para quien la intención era conservar el armazón jurídico diseñado por Velez Sarsfield, remozándolo a partir de un viraje en la filosofía del sistema (BORDA, Guillermo A., “La reforma al Código Civil”, pág. 14/15, Perrot, Bs. As. 1971).

El cambio operado tuvo una coherencia intrínseca admirable, apuntando a humanizar el derecho privado, mediante la introducción de criterios de justicia más flexibles<sup>7</sup>, y la recepción de soluciones provenientes de la realidad práctica<sup>8</sup>.

Se trataba, en sustancia, de ajustar la filosofía del Código Civil a los nuevos tiempos, avanzando de un modelo racionalista–exegético hacia una visión más dinámica del derecho<sup>9</sup>, cuya plasticidad permitía una más fácil realización de los ideales de justicia<sup>10</sup>.

Y en este sentido, desde que la tarea de determinar lo justo en el caso concreto recaer en la función judicial, la flexibilización del derecho trajo aparejada una fuerte judicialización, al acordar a los magistrados el verdadero carácter de cocreadores de normas, dándoles amplias herramientas para encontrar la solución justa en los casos sometidos a su conocimiento<sup>11</sup>.

Es en este punto donde termina de cerrar el sistema de la reforma. La obtención de un derecho privado más humano y justo, supone colocar en el centro de la escena a los jueces, que son quienes realmente tienen la posibilidad de actualizar lo justo concreto, en una consideración dialéctica de la realidad de los hechos, los parámetros normativos y las referencias axiológicas, construyendo una solución a medida del caso particular.-

En efecto, en clave de continuidad con el pensamiento clásico aristotélico – tomista, se concibe al derecho como el instrumento regulador del obrar humano, por su naturaleza mutable y contingente, cuya riqueza desborda constantemente al derecho, pese a sus

---

<sup>7</sup> Los instrumentos puntuales que se analizan en este trabajo avanzan en ese sentido, morigerando el rigor e inflexibilidad del sistema normativo.

<sup>8</sup> Creemos que la expresión paradigmática de estos instrumentos prácticos fue el boleto de compraventa, figura que ya contaba con una clara admisión social, y que consolidó su status jurídico a partir de la reforma, con la incorporación de normas tales como el art. 1185 bis y el agregado al art. 2355.

<sup>9</sup> Por su riqueza conceptual, nos permitimos una larga cita de BORDA en este sentido: “De cualquier modo, no cabe duda que era necesario insuflarle al Código Civil un nuevo espíritu. Su filosofía era la del siglo XIX: liberal, individualista, positivista. La reforma cambia esa filosofía por la social y cristiana propia de nuestra época, la época de la *Populorum Progressio*. El liberalismo positivista confundió ley con Derecho, se interesó más por la seguridad que por la justicia. Hizo del respeto de la libre voluntad un dogma.

Las sociedades modernas, en cambio, tienen una apremiante apetencia de justicia. A ello responde la adopción de la teoría del abuso del derecho, de la lesión, de la teoría de la imprevisión; el nuevo concepto del derecho de propiedad, el énfasis puesto en la buena fe como principio jurídico rector de las relaciones contractuales, la insistencia en la equidad como base de solución de conflictos humanos” (BORDA, op. cit., pág. 12/13).

<sup>10</sup> Nos parece admirable la síntesis de BORDA, que transcribimos: “De lo que se trata es de lograr una justicia menos formalista y menos ciega, más afinada, más adecuada a los litigantes y más rica en contenido humano; de brindar al Juez todos los elementos que le permitan discernir una justicia más auténtica a esos seres que han llegado a sus estrados a reclamarla” (BORDA, op. cit., pág. 23)

<sup>11</sup> BORDA señala la existencia de normas que indican al juez resolver conforme la equidad, o según las circunstancias del caso, o en función de estándares o pautas generales de gran amplitud, de donde colige que “El juez queda así convertido en la figura central del proceso” (BORDA, op. cit., pág. 22).

esfuerzos evolutivos<sup>12</sup>. Existen en este marco lagunas puras y axiológicas, debiendo el juez desempeñar un rol activo en la interpretación, aplicación y concreción del derecho a fin de arribar a lo justo concreto del caso.

Este modelo de juez activo, que construye la decisión justa del caso concreto considerando parámetros objetivos, pero no ajustados a la rígida aplicación del derecho formal, se vio entonces claramente fortalecido en la medida de las ampliaciones de potestades discrecionales, en el marco del mismo derecho formal.

### **I.3. Los nuevos escenarios**

Nuestro Código Civil ha servido durante más de ciento treinta años para regir con justicia las relaciones de derecho entre los particulares, y ello no es un mérito menor, considerando los enormes cambios de las sociedades en el último siglo. Gran parte de ese logro, se debe a la reforma de 1968, que conservando la grandiosa estructura normológica diseñada por Vélez Sarsfield, supo insuflarle con prudencia pero también con decisión un nuevo espíritu, acorde con el signo de los tiempos.

Sin embargo, las profundas transformaciones sociales, tecnológicas, culturales, determinan hoy la necesidad de nuevos ajustes. Desde la globalización al multiculturalismo, desde la consolidación democrática en nuestro país hasta la emergencia de nuevos actores sociales, desde la visibilidad de minorías hasta el surgimiento de problemas inéditos en bioética, en materia ambiental, en la tutela de grupos o sectores especiales de personas, es ostensible que la realidad a regular por el derecho civil se ha transformado y precisa una revisión del derecho vigente.

El Proyecto de Código Civil redactado por la Comisión de Reformas designada por Decreto Presidencial 191/2011 ha asumido una tarea de actualización del derecho civil, brindando una ocasión pertinente para analizar cuales son sus subyacencias filosóficas y cómo ellas impactan en algunas cuestiones. Tomaremos como referencia, según se explica luego, el rol del Juez en el Proyecto.

### **I.4. El Proyecto: sus presupuestos filosóficos.**

---

<sup>12</sup> El propio HART reconoce la “textura abierta” del ordenamiento, concibiéndola como una falta de certeza acerca de las reglas aplicables en las zonas marginales, producto del empleo de términos clasificatorios generales (legislación), examinando la función de cerramiento de los ejemplos investidos de autoridad (precedentes) (HART, H.L.A., “El concepto de derecho”, Abeledo Perrot, Bs. As. 1995, pág. 159 y ss.). Naturalmente, la justicia sólo es considerada como un elemento moral, asimilado a la igualdad de trato en iguales circunstancias, sin aptitud intrínsecamente resolutoria de la apertura del sistema (HART, H.L.A., op. cit., 196 y ss.).

A los fines de determinar los presupuestos filosóficos del proyecto, es útil preliminarmente examinar los fundamentos o aspectos valorativos que subyacen su texto, los que pueden resumirse en los siguientes principios:

*-Código con identidad cultural latinoamericana:* existe una concepción orientada a integrar, a la tradición romana e hispánica, el bloque cultural latinoamericano. La historia revela la extraordinaria influencia de la tradición romana e hispánica, y luego francesa, a partir de la codificación, durante toda la historia del derecho argentino, sin embargo, también hemos incorporado nociones propias de la cultura latinoamericana así como una serie de criterios que se consideran comunes a la región.

*-Constitucionalización del derecho privado:* el Anteproyecto propone erradicar la tajante división entre el derecho público y privado, existente en la mayoría de los códigos. Para ello, innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado.

*-Código de la igualdad:* a diferencia de los textos vigentes, que regulan los derechos de los ciudadanos sobre la base de una igualdad abstracta, el anteproyecto busca la igualdad real, y desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables.

*-Código basado en un paradigma no discriminatorio:* se produce un cambio de paradigma al concebir el sujeto del derecho privado –que en la tradición histórica ha sido el hombre- en términos igualitarios, sin discriminaciones basadas en el sexo, la religión, el origen o su riqueza (aparecen la mujer, el niño, las personas con capacidades diferentes, el consumidor, las comunidades originarias, y muchos otros que no habían tenido una recepción sistemática hasta el momento).

*-Código de los derechos individuales y colectivos:* se da importancia relevante a los derechos de incidencia colectiva, en consonancia con la Constitución Nacional. .

*-En materia de bienes:* se recepta una concepción más amplia en relación a los bienes, requerida por la aparición de aquellos que, siendo de la persona, no tienen un valor económico, aunque sí una utilidad, como sucede con el cuerpo, órganos, genes, etcétera; la aparición de las comunidades, como ocurre con los pueblos originarios; y finalmente, los conflictos ambientales que refieren a bienes considerados –por la Constitución y la ley ambiental- como “colectivos”, pese a que son mencionados en el Código como del dominio público.

*-Código para una sociedad multicultural:* se trata es de regular una serie de opciones de vidas propias de una sociedad pluralista, en la que conviven diferentes visiones que el legislador no puede desatender. En este sentido se adoptan importantes

decisiones en materia de familia; en el régimen legal de las personas menores de edad; en materia de matrimonio; se regulan las uniones convivenciales, -Código para la seguridad jurídica en las transacciones comerciales: en el marco de la unificación del derecho civil y comercial, se adoptan decisiones para promover la seguridad jurídica en las transacciones mercantiles.

Los fundamentos revelan que la base filosófica del Proyecto es tributaria del Neoconstitucionalismo e implica un apartamiento de modelos puramente exegéticos del rol judicial. Se advierte asimismo la presencia del pensamiento de Ricardo Luis Lorenzetti, quien viene escribiendo de estos temas desde “Las Normas Fundamentales de Derecho Privado”<sup>13</sup> hasta esta parte.

Por ende, a fin de profundizar el análisis de la iusfilosofía subyacente en el proyecto, toma relevancia el estudio del neoconstitucionalismo en general, y del pensamiento de Lorenzetti, en particular.

Podríamos comenzar reconociendo los siguientes rasgos distintivos del neoconstitucionalismo<sup>14</sup>:

1) La constitución deja de ser un programa político dirigido al Poder Legislativo – normas programáticas que adquieren vigencia cuando lo dispone el legislador- para convertirse en “operativa”. Aparece como “fuente del derecho” que a su vez es la fuente de las fuentes.

2) Las constituciones se presentan “abiertas”, capaces de albergar una amplia gama de principios, valores, fines, y con ello se carga de moral, por lo que la lectura que de ella ha de hacerse deber ser una “lectura moral”.

3) El derecho deja de ser un conjunto sistemático de normas autoritarias, para comprender valores y principios “disponibles” para las respuestas jurídicas de los operadores. Se habla “fragmentación del derecho”: ley, justicia, derechos humanos.

4) El derecho ideado para Estados homogéneos (habitantes con raíces y ideales comunes), resulta desbordado en las sociedades multiculturales y complejas, el pluralismo de valores resulta el metavalor.

5) Se presenta un “complejo sistema de fuentes”, que impone la necesidad de jueces capaces de comprender la diversidad. El derecho se muestra compuesto por una serie de elementos que el juez deberá coordinar armónicamente, dialogar a partir de la complementariedad, buscando la pacificación más que la imposición de una verdad.

---

<sup>13</sup> LORENZETTI, R. “Las normas fundamentales de derecho privado”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 1995, 552 p.-

<sup>14</sup> Confr. Vigo, R., Neoconstitucionalismo y realismo jurídico clásico como teorías no positivistas (coincidencias y diferencias) – El derecho N° 12.942, Año L, ED 246.

7) La función judicial evoluciona desde un Juez ejecutor de la ley hacia un Juez con responsabilidad social, pues la aplicación del derecho requiere ponderaciones y argumentos que la validen. Aparece el denominado “Juez identificador de consensos”, tal aquel Juez constitucional que identifica los consensos básicos de la sociedad y resuelve conforme a ellos.

8) La razonabilidad -como criterio de corrección de justicia política para sociedades multiculturales- implica que el objetivo es la paz social y no la imposición de una verdad.

El neoconstitucionalismo<sup>15</sup> propone una filosofía jurídica que reemplaza el Estado de Derecho Legal por el Estado de Derecho Constitucional, siendo éste último el límite del poder político y el Derecho el límite al poder público y privado (sea de naturaleza política, económica o cognocitiva)<sup>16</sup>.

La corriente, entendida como una especie de iusnaturalismo, comienza a gestarse luego de la segunda Guerra Mundial en el continente europeo, y luego se expande por América Latina. Se presenta como el conjunto de mecanismos normativos e institucionales, realizados en un sistema jurídico-político históricamente determinado, que limitan los poderes del Estado en protección de los derechos fundamentales.

Las épocas de pluralismo cultural, relatividad social e ideológica, conllevaron la crisis del estado del siglo XIX (de homogeneidad cultural), transformándolo en el estado constitucional actual. La Soberanía Estatal –como poder absoluto y perpetuo- es puesta en crisis por los neoconstitucionalistas, depositando ese poder en la Constitución.

Las constituciones democráticas, cartas magnas de los estados, pierden sus soberanos, y encuentran en ellas mismas el nuevo centro de emanación de fuerza para asegurar una unidad política estatal. Las constituciones se presentan “abiertas”, capaces de albergar una amplia gama de principios y valores, que coexisten necesariamente para no abandonar sus cometidos de unidad e integración y su base material pluralista, con la cual deben compatibilizar.

El derecho ideado para Estados homogéneos (habitantes con raíces y ideales comunes), resulta desbordado en las sociedades multiculturales y complejas, el pluralismo de valores resulta el metavalor. Ello impone la necesidad de jueces capaces de comprender la diversidad, pues el derecho se muestra compuesto por una serie de elementos que el juez deberá coordinar armónicamente. En ese contexto deberá buscar

---

<sup>15</sup> Entre los principales exponentes se encuentran Alexy, Dworkin, Zagrebelsky, Ferrjoli, Nino.

<sup>16</sup> LORENZETTI, ob.cit., pág. 401.-

la pacificación más que la imposición de una verdad<sup>17</sup>, pues resultará difícil afirmar el predominio de un grupo de personas que piensen del mismo modo en todos los temas lo que hace que tanto la ley como la decisión judicial se concentren en los procedimientos antes que en las decisiones sustantivas<sup>18</sup>. De modo que la actuación de los jueces no debe estar encaminada a sustituir la voluntad de las mayorías o minorías, sino a asegurar el procedimiento para que ambas se expresen.

El modelo o concepción “ascendente<sup>19</sup>” del Derecho, permite examinar las decisiones conforme un estándar de razonabilidad, ya que imagina una situación ideal de diálogo de naturaleza contrafáctica, es decir que sirve para comparar el modelo con los hechos. Ello propone una noción dialoguista y consensual del funcionamiento democrático, en el que las concepciones no surgen de una autoridad central, sino de la descentralización decisional.

América Latina, y principalmente Argentina, es una gran mezcla cultural, y ésta es su ventaja comparativa en un mundo que recién está experimentando una convivencia de culturas que entre nosotros hace tiempo se practica<sup>20</sup> .-

Bajo este pensamiento Zagreblesky<sup>21</sup> habla de la “ductibilidad” del derecho en el estado constitucional contemporáneo, cualidad impensada e incompatible con la idea de Estado Soberano del siglo XIX.

Explica el autor que los ordenamientos contemporáneos experimentan una fragmentación del derecho: ley, justicia, derechos.

Los derechos humanos aparecen como pretensiones subjetivas absolutas, constitucionalizadas, y válidas por sí mismas que se independizan y separan de la ley (que deberá respetarlos). La ley deja de ser “todo” el derecho, pasando a ser una “parte” de éste, y dejan los derechos de ser sólo aquellas exclusivas realidades que la ley reconocía como tales. De esta manera, se adjudica a los individuos un patrimonio de derechos originario, independiente y protegido frente a la ley. La distinción, lejos de ser

---

<sup>17</sup> LORENZETTI, Ricardo L. “Teoría de la Decisión Judicial – Fundamentos de Derecho”, Rubinzal – Culzoni, Bs. As., 2006, pág. 25.

<sup>18</sup> LORENZETTI, R., ob.cit., pág. 58.-

<sup>19</sup> El modelo ascendente parte de que la ley surge de un acuerdo básico entre los ciudadanos que deciden vivir en sociedad y asciende hacia los órganos que ejercen la autoridad y que son sus delegados. Se diferencia del modelo descendente, en tanto éste último acepta que una autoridad centralizada puede imponer a toda la comunidad un cuerpo determinado de valores y concepciones de vida y de allí desciende a los ciudadanos que deben aceptarlo

<sup>20</sup> LORENZETTI, R., ob. cit., pág. 61.-

<sup>21</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo “*El Derecho dúctil*” (*Ley, Derechos, Justicia*), Editorial Trotta, 1999, 156 ps.



meramente conceptual, exige una recomposición armónica en la que ambos componentes vean reconocido aquello que les resulta propio.

Por otro lado la ley se diferencia de la justicia, pues aparecen principios de justicia material que informan el ordenamiento jurídico, especies de máximas constitucionales no necesariamente vinculadas al contenido de la ley. El constitucionalismo contemporáneo viene así a absorber la reducción decimonómica de la justicia a la ley, en donde la primera era lo que la segunda definía como tal, imposibilitando toda otra distinción o consideración.

Como componentes de este fragmentado derecho del estado actual, aparecen las denominadas reglas y principios, donde las normas legislativas son prevalentemente las reglas y las normas constitucionales son prevalentemente los principios, coincidiendo así la distinción, con la existente entre la Constitución y la ley. Desde una visión sustancial de estos componentes, las reglas son las que brindan criterios de cómo debemos o no debemos actuar frente a determinadas situaciones previstas en las mismas reglas y nos imponen obedecerlas; y los principios aquellos que nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas, a priori, indeterminadas, y sugieren adhesión.

En un sistema de pluralidad -como el descripto- se presenta un “complejo sistema de fuentes<sup>22</sup>” que se superponen y hasta contradicen, lo que impone establecer un diálogo a partir de la complementariedad y, fundamentalmente por la vía de la interpretación, establecer un cierto ordenamiento jerárquico<sup>23</sup>.

En definitiva, es en la aplicación judicial del derecho donde las separaciones analizadas encuentran la unidad necesaria, que permite la formulación máxima de la justicia, cual es la realización de lo justo en el caso concreto.

En el estado constitucional, se advierte, entonces, una notable evolución del Juez ejecutor de la ley al Juez con responsabilidad social<sup>24</sup>. El juez pasivo del estado de derecho, se transforma en un operador jurídico responsable y guardián de la unidad

---

<sup>22</sup>Las Fuentes del Derecho son los criterios de objetividad a los que acuden los operadores jurídicos y que brindan seguridad acerca de la razonabilidad de la decisión. Fuente Formal: criterio fundado en la jerarquía que el propio ordenamiento jurídico establece, cuando hay una ley superior que ha dado una solución, no cabe prescindir de ella. Fuente Material: cuando no hay una fuente que obligue, puede ocurrir que se acuda a criterios razonables y justamente se respeten porque se encuentran en ellos argumentos razonables y convincentes, como ocurre con la doctrina o la jurisprudencia (confr. LORENZETTI, pág. 78).-

<sup>23</sup> Resultan insuficientes las reglas de antonomía (aplicar la norma jerárquicamente superior, o especial) (Confr. LORENZETTI, pág. 79).-

<sup>24</sup> LORENZETTI, pág. 165.-

estructural del derecho, garante de la armónica y dúctil coexistencia entre ley, derecho y justicia.

Aparece el denominado *Juez identificador de consensos*<sup>25</sup>. En efecto, el juez constitucional identifica los consensos básicos de la sociedad y resuelve conforme a ellos. La razonabilidad, como criterio de corrección de justicia política para sociedades multiculturales, implica que el objetivo es la paz social y no la imposición de un determinado criterio sobre la vida, tal como señaláramos: la pacificación antes que la imposición de una verdad. En la medida en que se busca la homogeneidad por sobre la diversidad habrá más tensiones, contrariando la finalidad de pacificación social.

A la democracia se le exige “sustancialidad” a más de procedimentalidad, la dimensión sustancial superadora de la “dimensión política o formal” en donde los derechos fundamentales ponen límite a lo decidible por la mayoría y hasta por unanimidad<sup>26</sup>. Deben sostenerse las reglas de la Democracia y la República que sean esenciales para que la sociedad discuta y resuelva sus problemas, y no debe intentar reemplazarse ese debate, salvo situaciones extremas<sup>27</sup>.

La Constitución debe actuar como mecanismo de precompromiso o autorrestricción, elaborada por el cuerpo político con el fin de protegerse asimismo contra su previsible tendencia a tomar decisiones imprudentes<sup>28</sup>. Ello no significa que se trate de un pacto suicida, que no pueda ser cambiado de ninguna manera, ya que habrá situaciones en que todos los ciudadanos desearán cambiar algunos aspectos, pero sin duda alguna ello debe ser excepcionalísimo.

---

<sup>25</sup> Los modelos de Juez garantista y Juez intervencionista no pueden aplicarse de modo exclusivo con lo cual será necesario precisar el campo en que cada una resulta aplicable.

<sup>26</sup> confr. Ferrajoli, L. “Derecho y Razón, Madrid, 1995, pág. 864 y ss.

<sup>27</sup> Ello, en tanto es posible que decisiones que cuenten con el respaldo mayoritario no resulten válidas jurídicamente a tenor de su contenido descalificable axiológicamente. El derecho debe superar el insularismo (según Nino) y apelar a una moral racional. (LORENZETTI, pag. 420),

<sup>28</sup> Remite aquí el autor a Ulises, cuyos acompañantes –a pesar de sus órdenes y amenazas– ejecutaron su mandato de rechazar desatarlo del mástil cuando estaba hechizado por los cantos de las sirenas, y da la medida de su buen juicio el que después les diera las gracias a todos por haber llevado a cabo tan obedientemente su propósito inicial. De acuerdo a John Potter Stockton, “las constituciones son cadenas con las cuales los hombres se atan a sí mismo en sus momentos de cordura para evitar parecer por suicidio el día que desvaríen. (confr. ELSTER, JON, “Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad, Fondo de Cultura Económica, México, 1995. Citado por LORENZETTI, R., ob. Cit., nota 18, pág. 408).-

Admitido ese rol protagónico de juez en estos sistemas abiertos y flexibles, el problema central será determinar los límites que ese rol tiene. En efecto, el juez al tomar la decisión “reconstruye” el derecho, luego, será necesario discutir si en esa reconstrucción debe seguir criterios precisos y parámetros objetivos, como ocurre normalmente en un sistema de reglas determinados, o bien decidir conforme a su criterio y discrecionalidad, dando un sentido subjetivo, ya que tiene un amplio espacio para ello.

En palabras de Lorenzetti, no se tratará entonces de descubrir la verdad (contexto de descubrimiento) sino de controlar la verdad de las proposiciones (contexto de justificación)<sup>29</sup>.

En ese contexto se rehabilita la razón práctica en tanto es posible valorar racionalmente las soluciones jurídicas autoritarias e identificar las mejores respuestas para los casos jurídicos, a la vez que se confía en la argumentación como modo de establecer respuestas jurídicas “razonables”<sup>30</sup>. Todo el derecho ha de ser fruto de decisiones racionales “controlables” judicialmente.

En definitiva, se advierte en los estados pluralistas actuales una flexibilización y fragmentación del derecho (ley, justicia, derechos, principios), que impone un mayor grado de exigencia y responsabilidad de los jueces, en su actividad interpretativa y aplicadora del derecho, pues el criterio de “razonabilidad” se logrará efectuando una ponderación equilibrada y armónica de los distintos aspectos que componen el derecho.

## **II) EL ROL DEL JUEZ EN EL PROYECTO: principios y aplicaciones.**

### **II.1) El principio**

---

<sup>29</sup> Reconoce el autor las variadas posiciones filosóficas y dogmáticas respecto de este aspecto (formalistas, no formalistas). Sostiene que los argumentos formalistas son insuficientes y que hay que complementarlos, y que los no formalistas, si bien aciertan en muchas de sus apreciaciones, ellas no llegan a señalar cómo hay que decidir en un caso concreto. En su opinión, hay que establecer un sistema rector estable para delimitar el campo de los argumentos permitidos, y flexible para mantenerse abierto a las modificaciones. (Confr. LORENZETTI, R., ob.cit, pág. 198).

<sup>30</sup> Se auspicia la *juris prudencia* en lugar de la *scientia juris* (en términos aristotélicos, *episteme* frente a *phronesis*) (zagrebelsky, pág. 118).

La fragmentación del derecho y la complejidad de fuentes a las que nos referimos, impactan fuertemente en el ordenamiento jurídico<sup>31</sup>, quedando éste absolutamente desbordado por la realidad.

En medio del desorden, la coherencia ya no surge de la propia ley o de la interpretación que de ella se haga, sino que se prevé un diálogo de fuentes, que exige, para el caso concreto, su articulación e integración por parte del Juez. La explosión legislativa actual y la complejidad de fuentes a la que nos referimos produjo un desorden en el Código, quedando éste absolutamente desbordado por la realidad.

Esto implica una ampliación de funciones y una redefinición del rol del Juez, maximizándose las decisiones prudenciales, en situaciones que en la legislación vigente estaban regladas legalmente.

## **II.2) Algunas aplicaciones**

Nos detendremos particularmente en la profundización de roles prudenciales en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil , detectando algunas modificaciones al régimen vigente.

### **a) Facultades del Juez para integrar actos jurídicos y modificar contratos**

*ARTÍCULO 389.- Principio. Integración. Nulidad total es la que se extiende a todo el acto. Nulidad parcial es la que afecta a una o varias de sus disposiciones. La nulidad de una disposición no afecta a las otras disposiciones válidas, si son separables. Si no son separables porque el acto no puede subsistir sin cumplir su finalidad, se declara la nulidad total.*

*En la nulidad parcial, en caso de ser necesario, el juez debe integrar el acto de acuerdo a su naturaleza y los intereses que razonablemente puedan considerarse perseguidos por las partes.*

*ARTÍCULO 960.- Facultades de los jueces. Los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público.*

---

<sup>31</sup> Lorenzetti sostiene que la situación resulta metafóricamente similar al planetario: creación de microsistemas jurídicos que giran con su propia autonomía alrededor del Sol (código) que los ilumina, colabora en su vida, pero ya no incide directamente sobre ellos. Wittgenstein afirma que el Código es el viejo centro de la ciudad, a la que se le han añadido nuevos suburbios, con sus propios centros, y características barriales, poco se visitan unos con otros, al centro sólo se va en cuando a contemplar reliquias históricas (LORENZETTI, pág. 35).-

*ARTÍCULO 964.- Integración del contrato. El contenido del contrato se integra con:*

*a) las normas indisponibles, que se aplican en sustitución de las cláusulas incompatibles con ellas;*

*b) las normas supletorias;*

*c) los usos y prácticas del lugar de celebración, en cuanto sean aplicables porque hayan sido declarados obligatorios por las partes o porque sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el ámbito en que se celebra el contrato, excepto que su aplicación sea irrazonable.*

Se incorporan facultades de integración que sólo estaban en la ley 24.240 (art. 37 y ss), es decir, limitadas a la declaración de nulidad de cláusulas abusivas en el derecho del consumo.

En materia contractual el Proyecto concede al juez, en determinados supuestos, la facultad de modificar cláusulas contractuales y, frente a situaciones no previstas expresamente, la posibilidad de integrar<sup>32</sup> el contenido del contrato con otras leyes con otras leyes que sí prevén tal situación, o con los usos y prácticas del lugar de celebración en tanto sean aplicables.

Esta decisión quiebra una visión pasiva y abstencionista del Juez, que frente al contrato paritario era concebido como un tercero excluido sin facultades de interferencia (las que eran consideradas propias de un intervencionismo y autoritarismo inexcusables). Es claro que el cambio de paradigma impone un rigor mayúsculo en el ejercicio de la prudencia judicial, pues los magistrados no pueden (a la manera del Juez Magnaud) alterar los acuerdos de partes de manera caprichosa o arbitraria; allende esta salvedad, se los legitima para ajustar acuerdos contractuales que en su origen vulneraban reglas de orden público, o incluso para suplir la voluntad de los contratantes, si estos han subordinado la integración a la decisión del Juez.

De acuerdo a estos nuevos estándares, el juez podrá bajo ciertas circunstancias recurrir a usos y costumbres o principios generales para incluir previsiones en el contrato que las partes no habían acordado originariamente.

## **b) Facultades del Juez en materia indemnizatoria**

---

<sup>32</sup> Se diferencia la integración de la interpretación donde el problema es el conflicto con una cláusula prevista en el contrato: existe una cláusula a la que las partes atribuyen un sentido distinto.

**1) ARTÍCULO 1713.- Sentencia.** *La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad.*

**ARTÍCULO 1714.- Sanción pecuniaria disuasiva.** *El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva. Pueden peticionarla los legitimados para defender dichos derechos. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas.*

*La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada.*

**ARTÍCULO 1715.- Punición excesiva.** *Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarlas a los fines de lo previsto en el artículo anterior. En tal supuesto de excepción, el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida.*

Se establecen disposiciones expresas relativas a la Prevención del daño<sup>33</sup> como función de la Responsabilidad Civil (Título V “Otras fuentes de las obligaciones”, Capítulo I “Responsabilidad Civil”, Sección 2°)

Por un lado, aceptando que el Juez dicte “de oficio” medidas tendientes a evitar la causación del daño o su continuidad, pudiendo incluir con la mayor amplitud las herramientas propias de la tutela sustancial inhibitoria.

Esto es fundamental, pues le permite al Juez anticiparse a la causación del daño, dictando medidas de tutela anticipada, incluso sin petición de parte.

Por el otro, otorgándole al Juez facultades para fijar prudencialmente el monto de las sanciones pecuniarias que se impongan con fines disuasivos<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> En el Proyecto se establece la función tripartita de la responsabilidad civil: preventiva –ex ante” del daño-, resarcitoria o reparadora y disuasoria –“ex post” del daño-. Si bien la función de prevención surgía de una interpretación sistemática del Código actual, no estaba regulada de modo expreso. La misma importa la obligación de actuar para impedir la producción de un daño, para impedir su agravamiento o para hacer cesar sus efectos nocivos

Asimismo otorga al Juez la facultad de decidir el destino de dicha sanción –que podrá ser por caso, una distribución equitativa entre la víctima y alguna entidad de bien público-, destino que en la ley 24.240<sup>35</sup> al regular sobre el daño punitivo “o multa civil” (art. 52 bis) esta preasignado al consumidor reclamante.

Ello posibilitaría al Juez que decida, por ejemplo, que el monto obtenido por aplicación de la sanción, en vez de enriquecer patrimonialmente al accionante, se utilice con fines socialmente valiosos, para actividades compensatorias o de promoción del sector afectado por el ilícito que motivó la punición.

Por otro lado se establece para casos de punición excesiva o irrazonable, la facultad morigeradora del juez.

Con estos dispositivos, se involucra al Juez en la prevención del daño, mediante herramientas propiamente preventivas y también punitivas, variando el rol meramente arbitral del Juez del proceso de daños tradicional (en que se limitaba a fijar indemnizaciones – función resarcitoria de la responsabilidad civil -, estando acotado por el principio dispositivo).

**2) ARTÍCULO 1718.-** *Legítima defensa, estado de necesidad y ejercicio regular de un derecho. Está justificado el hecho que causa un daño: ...c) para evitar un mal, actual o inminente, de otro modo inevitable, que amenaza al agente o a un tercero, si el peligro no se origina en un hecho suyo; el hecho se halla justificado únicamente si el mal que se evita es mayor que el que se causa. En este caso, el damnificado tiene derecho a ser indemnizado en la medida en que el juez lo considere equitativo.*

Se establece la indemnización equitativa del Daño Justificado, no Antijurídico. En nuestro sistema jurídico solamente se admitían indemnizaciones de equidad ante el daño involuntario (art. 907 C.C.). Aquí se amplía el espectro de esta figura, poniendo al Juez

---

<sup>34</sup> Para casos de afectación de derechos de incidencia colectiva. Entendida como el equivalente a los daños punitivos del Derecho comparado que trata de punir la conductas graves contrarias a los derechos colectivos. Se intenta castigar o sancionar pecuniariamente al dañador que actuó de esa forma a los fines de que esta sanción actúe como disuasivo de futuras conductas posteriores. Castiga y tiene una función de ejemplificar para evitar que en el futuro se reiteren las conductas.

<sup>35</sup> Regulación que queda vigente para casos donde exista relación de consumo.

en el centro de la escena, a partir de una de las figuras que lo tiene como protagonista principal: la equidad. De este modo, podrá ahora ante daños causados, por ejemplo, en estado de necesidad, mandar a pagar indemnizaciones a pesar de que no exista antijuridicidad.

**c) Facultades del Juez en la apreciación de la prueba (agregar sana crítica).-**

Se incorporan reglas sobre valoración probatoria.

En este sentido se incorpora en el Título IV “Hechos y Actos Jurídicos”, Capítulo 5 “Actos Jurídicos”, Sección 6 “Instrumentos privados y particulares” el art. 319:

**ARTÍCULO 319.- Valor probatorio:** *El valor probatorio de los instrumentos particulares debe ser apreciado por el juez ponderando, entre otras pautas, la congruencia entre lo sucedido y narrado, la precisión y claridad técnica del texto, los usos y prácticas del tráfico, las relaciones precedentes y la confiabilidad de los soportes utilizados y de los procedimientos técnicos que se apliquen.*

Se establece expresamente el sistema de valoración de la sana crítica:

**ARTÍCULO 1019.- Medios de prueba.** *Los contratos pueden ser probados por todos los medios aptos para llegar a una razonable convicción según las reglas de la sana crítica, y con arreglo a lo que disponen las leyes procesales, excepto disposición legal que establezca un medio especial.*

Dentro de la Función resarcitoria establecida para la Responsabilidad Civil se establece el principio de carga probatoria dinámica otorgándole al juez la facultad de distribución la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, en función de la situación en que cada parte se halle para aportarla.

**ARTÍCULO 1735.- Facultades judiciales.** *No obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso comunicará a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa.*

Se valoriza el rol del Juez en relación a la valoración probatoria, adoptando expresamente un sistema que lo tiene como protagonista (a diferencia de modelos tarifados) y admitiendo explícitamente que sea el Juez quien distribuya en el caso concreto, de manera dinámica (sin sujeción a criterios formales y rígidos) y según las



circunstancias del caso, la carga de la prueba. Se pone fin a las discusiones teóricas sobre la carga de la prueba, facultando concretamente al Juez a decidir sobre el punto.

#### **d) Algunas otras facultades del Juez**

1) Se incorpora al artículo un párrafo final que otorga al juez la facultad de disponer medidas tendientes a fin de evitar los efectos del ejercicio abusivo, volver las cosas a su estado anterior y establecer indemnizaciones, si correspondiese.

**ARTÍCULO 10<sup>36</sup>.**- *Abuso del derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.*

*La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.*

*El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.*

Como se ve, goza el Juez de amplitud de vías para lograr desbaratar las consecuencias del acto abusivo (encuadradas en la expresión genérica “lo necesario”), pudiendo recurrir a su anulación. Podrá, por ejemplo, declarar la nulidad de todo acto abusivo (incluso de actos procesales abusivos, constitutivos de abuso del proceso).

2) Se pautan facultades morigeratorias:

**ARTÍCULO 771.**- *Facultades judiciales. Los jueces pueden reducir los intereses cuando la tasa fijada o el resultado que provoque la capitalización de intereses excede, sin justificación y desproporcionadamente, el costo medio del dinero para deudores y operaciones similares en el lugar donde se contrajo la obligación. Los intereses pagados en exceso se imputan al capital y, una vez extinguido éste, pueden ser repetidos.*

**ARTÍCULO 1747.**- *Acumulabilidad del daño moratorio. El resarcimiento del daño moratorio es acumulable al del daño compensatorio o al valor de la prestación y,*

---

<sup>36</sup> ACTUAL ART. 1071.

*en su caso, a la cláusula penal compensatoria, sin perjuicio de la facultad morigeradora del juez cuando esa acumulación resulte abusiva.*

*ARTÍCULO 1610.- Facultades del juez. El juez puede reducir la deuda directamente originada en el juego si resulta extraordinaria respecto a la fortuna del deudor.*

La facultad estaba establecida para reducir “cláusulas penales” cuando éstas resultaren desproporcionadas con la gravedad de la falta que sancionan (art. 656 CC), analógicamente es utilizada por los jueces para reducir tasas de interés “abusivas”.

### **III) A modo de conclusión: el nuevo paradigma de Juez.**

El paneo efectuado nos permite afirmar que el Proyecto definitivamente produce un cambio de paradigma que impacta en el modo de resolver: del paradigma del Juez intérprete o exégeta de la ley (del Código de Vélez), se profundizan las facultades prudenciales (ya dadas en la Reforma de Borda) superándose el estándar legalista hermenéutico y pasándose a un modelo cercano al Juez Hércules de Dworkin.

Se proyecta entonces una visión de juez más dinámica y atenta a otros elementos extranormativos, donde el criterio de razonabilidad judicial aparece como cláusula de cierre. Si bien ya con la 17711 se habían ampliado las funciones del juez mediante la introducción de criterios de justicia más flexibles, esos criterios eran autorizados, en determinados casos, por el mismo sistema normativo. Lo que el Proyecto propone ahora es la heterointegración, es decir establece como objetivo explícito integrar valores a la decisión jurídica y dotar asimismo al sistema de flexibilidad, destacando la centralidad del juez y la relativización del derecho escrito.

En definitiva el Proyecto propone como objetivo explícito integrar valores a la decisión jurídica y dotar asimismo al sistema de flexibilidad, destacando la centralidad del juez y la relativización del derecho escrito.

Por último advertimos que un sistema como el propuesto, donde el Juez cumple un rol central, goza de amplias facultades prudenciales y tiene a su cargo la articulación de fuentes heterogéneas, exige maximizar el control del razonamiento judicial, erigido en la última garantía de razonabilidad y justicia de las decisiones.

Todo ello nos lleva a concluir que, desde la óptica analizada, la reforma proyectada es adecuada, por lo que recomendamos su aprobación.

